FONADE – Naturaleza

Aunque FONADE es una de las instituciones financieras de carácter público, en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto-ley 663 de 1993y sus modificaciones), es importante hacer notar que la Ley 1150 de 2007 le dio un especial tratamiento a los contratos celebrados por esa entidad, en cuanto, los sometió a la Ley 80 de 1993, a diferencia de la regla consagrada para la contratación de las otras entidades financieras con participación de capital público, que se rigen por las normas especiales de su actividad, las cuales, en materia de contratación, descansan en el derecho privado, sin perjuicio de la observancia de los principios de la gestión administrativa y fiscal.

LEY 1150 DE 2007 – Finalidad

La Ley 1150 de 2007 tuvo por objeto hacer más eficiente y transparente la función pública y que en el caso concreto de las entidades financieras públicas se inspiró en la situación de competencia en la que se desarrolla su objeto social, por lo cual las sustrajo de las reglas de la Ley 80 de 1993, en tanto que se justificaba la equidad en las normas de su contratación con respecto a las entidades privadas con las cuales competían.

**FONADE – Contratación de entidades financieras**

La orientación finalmente adoptada por la Ley 1150 de 2007 para el caso de FONADE, toda vez que esa entidad no es un banco comercial y que su actividad ordinaria no consiste en la intermediación financiera típica, como es la de captar recursos del público para colocarlos a través de los contratos bancarios, a que se refieren el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Código de Comercio.

**ENTIDADES FINANCIERAS – Objeto**

La gestión de la banca de desarrollo se asemeja más al objeto ordinario de las sociedades de servicios financieros, que a de las entidades bancarias, sin perjuicio de su particular condición de constituir un instrumento de gestión directa en materia de los planes y programas públicos.

FONADE – Objeto – Servicio Financiero – Contratación derivada

Dentro de objeto propio de FONADE, que se corresponde con una actividad de servicios financieros, se encuentra prevista la gerencia y ejecución de proyectos de desarrollo, en la cual, con recursos de presupuestos públicos y privados, FONADE despliega una capacidad ejecutora, que puede expresarse a través de la denominada contratación derivada, de la más diversa índole. Se denomina contratación derivada, en cuanto se trata de contratos que se originan en convenios interadministrativos, convenios de financiación, convenios de cooperación y cualquier otro tipo de contrato que funciona como acuerdo matriz o principal.

**FONADE – Aplicación – Ley 1150 de 2007**

Por ello, y -tal vez- por la preponderancia de la función como banca de desarrollo, que se expresa a través de la gestión contractual con recursos de origen público o apalancados en la condición de entidad pública, el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007 reubicó el régimen legal de la contratación de FONADE bajo la égida de la Ley 80 de 1993.

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Fonade - Ley 1450 de 2011 – Excepción de aplicar Ley 80 de 1993 – Jurisdicción competente**

la Ley 1450 de 2011, contentiva del plan nacional de desarrollo *“Todos por un nuevo País”*, derogó el referido artículo, con lo cual FONADE quedó regulado, para efectos de su contratación ordinaria, por las normas propias de las entidades financieras de carácter público, esto es bajo las reglas del derecho privado, sin perjuicio de la observancia de los principios de la gestión administrativa y fiscal, así como del sometimiento a las inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993. En relación con la jurisdicción competente para juzgar las controversias contractuales, en el período en que aplicó la Ley 80 de 1993 a la contratación de FONADE, (…) sin embargo (…) con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A), sin distinción alguna entre ellas, todas las controversias surgidas en los contratos que celebran las entidades financieras de carácter público en desarrollo del giro ordinario de los negocios, fueron sometidas a la jurisdicción ordinaria, por vía de excepción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 105 del CPACA.

**CLÁUSULAS EXORBITANTES – Criterio orientador – Juez competente**

El artículo 105 del CPACA se puede entender orientado bajo la consideración de que el juez de la contratación estatal debe desprenderse tanto del juzgamiento de los contratos típicamente bancarios y de inversión financiera, como de aquellos tradicionalmente regidos por la Ley 80 de 1993, en tanto se encuentren dentro del giro ordinario de la entidad, toda vez que, al fin y al cabo, en ausencia de cláusulas exorbitantes, la función del servicio público en sentido lato se impone en todas las actividades de las entidades financieras, empero, su juzgamiento se rige por las instituciones jurídicas propias del derecho comercial. También se puede encontrar en la base de esa decisión legislativa contenida en el CPACA, que el mayor número de los procesos de las entidades financieras públicas se refiere a las contrataciones de crédito y a su cobranza, a los fondos de inversión y a las disputas comunes de los usuarios del sistema financiero, cuyo conocimiento por parte de la jurisdicción ordinaria es pertinente, con independencia de que la entidad financiera haya sido creada con capital público o privado. Sea cual fuere la razón implícita en la asignación de jurisdicción competente, para el caso concreto de FONADE, se tiene que advertir que corresponde a esta jurisdicción conocer de los contratos que esa entidad financiera celebró en vigencia del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, en el ejercicio de cláusulas exorbitantes, de acuerdo con las consideraciones que se exponen a continuación.

**CLÁUSULAS EXORBITANTES –** **Potestades –** **Contratación pública**

Las presencia de las potestades exorbitantes en la contratación pública ha marcado uno de los criterios delimitadores de la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siguiendo los derroteros de la Corte Constitucional expresados en la sentencia C-1436 de 2000, en relación con la jurisdicción arbitral, toda vez que en esa oportunidad la Corte Constitucional determinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido de que los árbitros, “no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”. (…) Por otra parte, puede hacerse notar que el criterio de la exorbitancia, como poder característico y exclusivo del Estado contratante, se utilizó, como uno de los factores, para reservar la competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el numeral 3 del artículo 104 del CPACA, respecto de los contratos relativos a servicios públicos domiciliarios.

**CADUCIDAD DEL CONTRATO – Facultad – Potestad exorbitante**

La potestad exorbitante de declarar la caducidad del contrato estatal se entiende como una expresión del derecho sancionador dentro de las funciones administrativas reservadas al Estado contratante para efectos de proteger los cometidos estatales.

**ACTOS ADMINISTRATIVOS – Materia contractual**

De conformidad con la Ley 80 de 1993, los actos administrativos exorbitantes en materia contractual son los expedidos en ejercicio de las potestades del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, los cuales constituyen decisiones excepcionales y de gran impacto sobre el contrato y sobre el contratista, que se rigen por el principio de reserva de ley y que solo han sido consagradas por la ley para el Estado Contratante en determinados supuestos, además de que gozan del privilegio de lo previo, esto es, que pueden expedirse bajo un debido proceso, pero sin el imperativo de acudir previamente al Juez.

**FONADE – Jurisdicción aplicable**

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 104 del CPACA, para definir la jurisdicción aplicable se debe tener en cuenta la condición de las partes en litigio, lo cual se aplica en este caso, dado que FONADE es una entidad estatal. (…) Es importante observar que la sentencia SU-242 de 2015 y el artículo 104 CPACA permiten establecer que, como regla general, el juez de lo contencioso administrativo conoce de los procesos relativos a contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública. No obstante, en relación con las entidades financieras de carácter público, esta jurisdicción tiene la competencia solamente respecto de aquellos litigios en los que NO se configure la excepción del artículo *105*.

**PERJUICIOS – Directos – Concepto**

El concepto del perjuicio *directo*, se debe entender, en el contexto legal de las garantías contractuales, como el derivado del incumplimiento, esto es, el causado por la realización del riesgo amparado, cuya ocurrencia se origina en la conducta incumplida del contratista.

**PERJUICIOS – Indirectos – Concepto**

Perjuicio indirecto, consecutivo o consecuencial, el cual, entonces, no se produce en forma inmediata por el incumplimiento, sino que para su causación concurren otras fuentes, consecutivas o consecuenciales, que inciden de manera mediata, para ocasionar el perjuicio.

**GARANTÍAS – Contratación estatal – Limitaciones o exclusiones**

Resulta claro que en las garantías del contrato estatal no se pueden introducir limitaciones o exclusiones distintas de las previstas en la ley, para desconocer la cobertura respecto de aquellos perjuicios que se causen por el incumplimiento contractual, aunado a otras causas o mediante la concurrencia de otras circunstancias que sobrevienen precisamente por el referido incumplimiento.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 68001-23-33-000-2012-00322-01(52531)**

**Actor: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA**

**Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Temas:** FONADE – Para los contratos que se rigieron por la Ley 80 de 1993 en virtud del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de la pretensión de nulidad del acto administrativo mediante el cual se declaró la caducidad del contrato y se hizo efectiva la garantía única de cumplimiento, toda vez que esa actuación no hace parte del giro ordinario de los negocios y no se enmarca en la excepción del artículo 105 del CPACA./ PÓLIZA DE SEGURO - cobertura de los perjuicios directos en vigencia del Decreto 4848 de 2008 / PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO - pueden cuantificarse con base en el mayor costo de la contratación de la obra faltante

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 22 de julio de 2014, mediante la cual se dispuso (se transcribe textualmente, incluso con posibles errores):

*“****PRIMERO: DENIÉGANSE*** *las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

*”****SEGUNDO****:* ***CONDÉNASE*** *en costas a la sociedad demandante CONFIANZA S.A. las cuáles serán liquidadas por Secretaría una vez ejecutoriada la sentencia. Para tal efecto* ***FÍJANSE*** *por concepto de agencias en derecho la suma equivalente al uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones negadas en esta sentencia, conforme a lo señalado en la parte considerativa.*

*“****TERCERO****: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*“****CUARTO****: En firme esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema Justicia Siglo XXI”.*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

Mediante demanda presentada el 10 de diciembre de 2012, la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA S.A., en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, obrando con fundamento en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)[[1]](#footnote-1), solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el Fondo de Proyectos de Desarrollo – FONADE (se transcribe literal incluso con posibles errores):

*“****PRIMERA****: Que se declare la nulidad parcial de la resolución número 962 proferida el 3 de mayo de 2011 por el Fondo de Proyectos de Desarrollo de FONADE (en adelante FONADE), mediante la cual se declaró la caducidad del contrato No. 2091477, se declaró la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y de buen manejo del anticipo, y se ordenó hacer efectivos los amparos de cumplimiento y de buen manejo del anticipo de la garantía única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales número 31 GU069732, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, el 27 de mayo de 2009. Específicamente que se declare la nulidad del numeral cuarto de la resolución número 962 de 2011, teniendo en cuenta que se incluyeron dentro de la misma perjuicios inciertos e indirectos (mayor valor de las obras pendientes con ocasión del reajuste de precios realizado por FONADE y costo de la interventoría necesaria para terminar las obras), y en consecuencia se declare que Confianza S.A. únicamente debe responder por los perjuicios directos derivados de los amparos de anticipo y cumplimiento (este último en la modalidad de cláusula penal).*

*“****SEGUNDA****: Que se declare la nulidad parcial de la resolución número 1151 proferida el 8 de septiembre de 2011 por FONADE, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. y por Constructores André Ltda, (hoy Construcciones André S.A.S.), modificando parcialmente la resolución número 962 proferida el 13 de mayo de 2011. Específicamente que se declare la nulidad de numeral segundo de la resolución número 1151 de 2011, teniendo en cuenta que se incluyeron dentro de la misma perjuicios inciertos e indirectos (mayor valor de las obras pendientes con ocasión del reajuste de precios realizado por FONADE y costo de la interventoría necesaria para terminar las obras), y en consecuencia se declare que Confianza S.A. únicamente debe responder por los perjuicios directos derivados de los amparos de anticipo y cumplimiento (este último en la modalidad de cláusula penal).*

*“****TERCERA****: Que se declare la nulidad de la resolución número 1169 proferida el 16 de noviembre de 2011 por Fonade, por medio de la cual se modificó parcialmente la resolución 1151 de 2011.*

*“****CUARTA****: Que en atención al pago realizado por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, se declare que ésta no adeuda suma alguna a FONADE, por cuenta de la garantía única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales número 31 GU069732.*

*“****QUINTA****: Que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos enunciados, se declare que Confianza S.A. pagó $130’876.431 en exceso de lo que estaba obligada.*

*“****SEXTA****: Que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos enunciados, se ordene restituir, la suma de $130’876.431. junto con los intereses moratorios, suma de dinero pagada en exceso por Confianza, con cargo a la garantía única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales número 31 GU075569[[2]](#footnote-2).*

*“****SÉPTIMA****: Que se condene en costas [a] FONADE en favor de Confianza S.A.”[[3]](#footnote-3)*

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda, la parte actora narró los hechos que se resumen a continuación:

**2.1**. El 22 de mayo de 2009, FONADE y Construcciones André Ltda (luego denominada Construcciones André S.A.S.) celebraron el contrato 2091477, cuyo objeto fue la ejecución de la obra de *“CONSTRUCCIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURA DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA RIO FRÍO”* ubicada en Floridablanca – Santander.

**2.2.** El 27 de mayo de 2009, CONFIANZA expidió la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales, distinguida con el número 31 GU069732.

**2.3.** Mediante Resolución 692 de 13 de mayo de 2011, FONADE declaró la caducidad del contrato 2091477 y la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y de anticipo. En dicha resolución, FONADE ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, con cargo al amparo de cumplimiento. También, mediante la citada resolución, FONADE decidió hacer efectivo el amparo de cumplimiento por la suma de $185’256.987,56.

**2.4.** Mediante Resolución 1151 de 8 de septiembre de 2011, FONADE resolvió los recursos de reposición interpuestos por la constructora y por la compañía de seguros y modificó parcialmente la Resolución 962, de manera desfavorable a la compañía aseguradora.

**2.5.** De acuerdo con lo que expuso la demandante, en la Resolución 1151, FONADE determinó que los perjuicios causados obedecían a varios conceptos, a saber: mayor costo o valor de obra no ejecutada, de conformidad con la actualización de precios efectuada por esa entidad; costos de interventoría necesarios para terminar las obras pendientes; valor de la interventoría prestada por DAIMCO E.U y el servicio de vigilancia de las obras por el término de seis meses.

Según narró la demandante, en la Resolución 1151 de 2011 se indicó que del total de los supuestos perjuicios liquidados por FONADE se descontaba el valor del acta de obra 12, pendiente de pago y el valor de la cláusula penal pactada aplicada de manera proporcional a la ejecución de la obra, con lo cual se llegó a un nuevo valor de perjuicios adicionales no cubiertos por la cláusula penal, por la suma de $373’168.864,96. De esta manera, a juicio de la demandante, FONADE incrementó, en sede del recurso de reposición, el valor por el que hizo valer el amparo de cumplimiento.

**2.6.** CONFIANZA advirtió que los supuestos perjuicio por mayores costos, calculados por FONADE, eran inciertos y, por tanto, no susceptibles de indemnización con cargo a la póliza de seguro de cumplimiento. Aseveró que los únicos valores ciertos eran los correspondientes al monto pendiente de pago por concepto de la interventoría prestada por DAIMCO E.U. y al servicio de vigilancia, los cuales ascendían a $130’876.430, suma que se encontraba comprendida en el monto de la cláusula penal y que, por ello, consideraba que le debía ser devuelta.

**2.7.** CONFIANZA narró que, pese a las falencias de los actos administrativos, teniendo en cuenta la presunción de legalidad y el mérito ejecutivo de las resoluciones citadas, la compañía aseguradora pagó a FONADE la suma de $1.773’923.280 en el mes de enero de 2012 y la suma adicional de $86’494.576 en el mes de febrero de 2012, para un total de $1.860’417.854,36.

Detalló que ese pago realizado correspondió a los siguientes conceptos: anticipo no amortizado, interventoría actual (DAIMCO E.U.), vigilancia del predio, y el 75.75% de la cláusula penal, establecido en proporción a la obra no ejecutada, de acuerdo con la Resolución 1151.

**2.8.** De conformidad con lo anterior, la suma de $373’168.865, fijada mediante Resolución 1151, como perjuicio adicional al monto de la cláusula penal, no fue pagada por CONFIANZA, en atención a que obedecía a supuestos perjuicios que no se encontraban cubiertos por la póliza de seguro. La compañía de seguros reiteró que dichos perjuicios eran inciertos y consecuenciales, tal como se lo advirtió a FONADE, al explicarle las razones por las cuales no estaba obligada a su pago.

**2.9.** Finalmente, CONFIANZA advirtió que interpuso un nuevo recurso de reposición contra la Resolución 1151 de 8 de septiembre de 2011, en atención a las nuevas cifras que incorporó ese acto administrativo, como resultado del cual FONADE expidió la Resolución 1169 del 14 de noviembre de 2011, mediante la cual modificó la Resolución 1151, pero únicamente en su artículo octavo, para efectos de indicar que contra esta última Resolución sí procedía el recurso de reposición.

**3. Concepto de violación**

La parte actora invocó la “*nulidad por falta de motivación sobre la cuantía de la pérdida”*, con fundamento en la violación de los artículos 29 de la Constitución Política, del artículo 3 del CPACA y del artículo 1077 del C.Co., de acuerdo con los cuales correspondía a FONADE demostrar la ocurrencia del siniestro y motivar de manera suficiente el acto administrativo.

Argumentó que en la Resolución 962 esa entidad tasó los perjuicios adicionales a la cláusula penal en la suma de $185’256.987,56 y de *“manera inexplicable”*, al resolver el recurso de reposición, mediante la Resolución 1151 de 2011, los incrementó a la suma de $373’168.864.

En su demanda, CONFIANZA presentó un acápite denominado *“a nadie es lícito crearse su propia prueba”,* en el cual afirmó que ni el contratista ni esa compañía aseguradora tuvieron acceso a los estudios de precios de FONADE, con base en los cuales se ajustaron los supuestos perjuicios. Agregó que el informe que se utilizó como prueba de los perjuicios no cumplió con los requisitos del artículo 243 del CPC[[4]](#footnote-4), hoy del artículo 234 del nuevo código[[5]](#footnote-5).

Igualmente, en el concepto de violación, CONFIANZA argumentó la “*inexistencia de un daño cierto y concreto”* y afirmó que no existió prueba del daño ni de su cuantía.

Como consecuencia, CONFIANZA reafirmó que mediante los actos administrativos cuya nulidad se demandó, FONADE le estaba cobrando perjuicios no indemnizables, por tratarse de montos inciertos e indirectos.

Finalmente, observó que al resolver el recurso de reposición FONADE violó el principio de la “n*on* *reformatio in pejus”*, por hacer más gravosa la situación de la parte recurrente, la cual estaba conformada en este caso por el contratista y la compañía aseguradora. Por ello, concluyó que los actos acusados debían ser anulados, también. por haber incrementado la afectación del amparo de cumplimiento.

**4. Conciliación extrajudicial**

La demandante presentó la constancia de las diligencias de la conciliación extrajudicial, expedida por la Procuraduría 159 Judicial II para asuntos administrativos, la cual resultó fallida[[6]](#footnote-6).

**5. Actuación procesal**

**5.1.** La demanda fue admitida el 22 de febrero de 2013[[7]](#footnote-7); la audiencia inicial se llevó a cabo el 16 de enero de 2014[[8]](#footnote-8); la audiencia de pruebas se adelantó el 18 de marzo y el 8 de abril de 2014[[9]](#footnote-9).

**5.2.** De conformidad con el auto de 2 de septiembre de 2013, se designó *curador ad litem* para representar a Construcciones André S.A.S., contratista de la obra a la que se le declaró la caducidad del contrato. Dicho curador intervino en el proceso mediante escrito en el cual afirmó aquellos hechos narrados por la compañía de seguros que encontró soportados con las pruebas documentales y manifestó que, respecto de las pretensiones, se atenía a lo que llegara a decidirse con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho.

**5.3. Contestación de la demanda**

FONADE, en calidad de parte demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, explicó que celebró un convenio interadministrativo con el Ministerio de Educación, en virtud del cual adelantó la gerencia integral de proyectos No. 197013, destinada a la construcción y dotación de nueva infraestructura educativa. Agregó que en desarrollo de ese convenio interadministrativo adelantó un procedimiento de selección del contratista para la ejecución de la infraestructura educativa en Río Frío, Floridablanca – Santander y celebró el contrato correspondiente, cuyo cumplimiento fue garantizado por la compañía aseguradora, ahora demandante.

Dentro de ese contexto, la demandada indicó que el incumplimiento de Construcciones André S.A.S. no eximió a FONADE de adelantar el proyecto respectivo, razón por la cual, decretada la caducidad del contrato, por el incumplimiento de la contratista, FONADE se encontró obligada a realizar un nuevo procedimiento de contratación para completar la obra faltante.

Argumentó que los perjuicios sí eran ciertos y directos, que se calcularon con base en el estudio realizado por el área técnica de FONADE, cuyo propósito fue establecer el valor actualizado de las obras que se requerían para culminar la construcción, después del grave incumplimiento en que incurrió la contratista.

Afirmó que al atender la reclamación, la aseguradora *“aceptó y reconoció su obligación de pago, quedando insoluto el valor”* de $242’292.431,96, más intereses de mora.

Se mostró en desacuerdo con la forma como la compañía aseguradora presentó en la demanda el cálculo del valor adeudado, puesto que el monto total de los perjuicios por el incumplimiento, de acuerdo con lo dispuesto en los actos acusados, era de $2.102’710.289.32 –descontando el monto por pagar del acta No. 12- y no de $1.729’541.421, como se sugirió en la demanda.

FONADE presentó las siguientes **excepciones** de mérito: **i)** los actos acusados fueron debidamente motivados en cuanto a la existencia y cuantía de los perjuicios, lo cual respaldó con un cuadro detallado por rubro y/o concepto, valor y la motivación o fundamento correspondiente; **ii)** los perjuicios son una consecuencia directa del incumplimiento y existe certeza sobre su existencia; **iii)** la cuantificación de los perjuicios fue debidamente motivada, se basó en estudios y análisis objetivos y no fue caprichosa ni arbitraria. En esta excepción, FONADE presentó un cuadro en el que especificó las variaciones contenidas en la Resolución 1151. Especificó que FONADE accedió a establecer la cláusula penal en forma proporcional, de acuerdo con lo solicitado en el recurso de reposición, empero advirtió que en la resolución se indicó que los perjuicios totales no variaban. Por tanto, enfocó la excepción en demostrar que no es cierto que se hubiera incluido un rubro adicional en la Resolución 1151; **iv)** no existió *reformatio in pejus*, lo cual, según afirmó FONADE, se comprueba con la lectura de la Resolución 962, dado que los perjuicios totales no se cuantificaron en la suma total de $2.067.466’455,70, como se dio a entender con las cifras de la demanda.

Según FONADE, la demandante omitió, olvidó o pasó por alto el contenido del artículo séptimo de la Resolución 962 que ordenó pagar el anticipo girado y no devuelto, “*pues dicho rubro más el descuento ya explicado del acta 12 corresponden a la diferencia enunciada por la demandante”[[10]](#footnote-10)*.

**6. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Santander profirió sentencia el 22 de julio de 2014, en la que denegó las pretensiones de la demandante y le impuso una condena en costas, con fijación de agencias en derecho por el equivalente al 1% de sus pretensiones.

Las principales consideraciones de la sentencia impugnada se resumen así:

**6.1.** Teniendo en cuenta la situación especial de las garantías de cumplimiento, con fundamento en el artículo 68 del CCA, tal como lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado[[11]](#footnote-11), FONADE tenía la prerrogativa de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo, en el cual *“necesariamente debía determinar la cuantía del daño causado, al margen, incluso, de que la compañía de seguros no compartiera su decisión”[[12]](#footnote-12).*

El Tribunal *a quo* encontró que el acto administrativo fue debidamente motivado, de manera objetiva, *“consultando el valor de los precios de mercado”* para cada uno de los rubros del perjuicio ocasionado por el incumplimiento.

**6.2.** En el asunto sub examine, para el a quo resultó claro que procedía la declaratoria de caducidad del contrato, dado que los informes de interventoría demostraron que la constructora se apartó del contrato. Con base en la lectura de los actos administrativos y con fundamento en los testimonios practicados en el proceso, el Tribunal *a quo* corroboró que el incumplimiento de la contratista fue reiterado y grave.

El Tribunal *a quo* se apoyó en las declaraciones de los distintos testigos y concluyó que los perjuicios -derivados del incumplimiento palmario que llevó a declarar la caducidad del contrato- estaban claramente establecidos y que eran ciertos e indiscutibles, en cuanto se referían a la obra contratada, que el contratista no terminó.

Reseñó que los testigos indicaron que las obras por ejecutar fueron determinadas de acuerdo con la medición de lo ejecutado y con el informe del área de estudios previos con base en el cual se estableció el perjuicio por el mayor costo de la obra en que tenía que incurrir FONADE, por cuenta del incumplimiento del contratista.

**6.3.** Con fundamento en lo narrado por los testigos, el Tribunal *a quo* concluyó que “*la actuación adelantada por FONADE tuvo plena observancia del debido proceso”,* a lo cual agregó que, por su parte, la demandante falló en la carga de la prueba, dado que dejó de probar que las cuantías contenidas en los actos administrativos “*no consultaban la real pérdida*”[[13]](#footnote-13).

**6.4.** Finalmente, en torno de la excepción por violación del principio de *no*  *reformatio in pejus*, el Tribunal *a quo* observó que la compañía aseguradora no fue la única que presentó recurso de reposición, dado que la constructora también lo interpuso y lo sustentó, circunstancia en la cual la Administración no estaba limitada por los argumentos de la aseguradora, ahora demandante.

**7. El recurso de apelación**

CONFIANZA, obrando como parte demandante, impugnó la sentencia de primera instancia, mediante escrito presentado el 13 de agosto de 2014[[14]](#footnote-14).

En cuanto a la apreciación sobre el debido proceso, la apelante indicó (se transcribe literal incluso con posibles errores):

*“Lo que ocurrió en el caso sub examine, tal y como se demostró en el proceso, fue que FONADE nunca le corrió traslado a la aseguradora de los informes técnicos en los que se tasaron los perjuicios adicionales causados como consecuencia del incumplimiento (…) lo que implica una flagrante violación al debido proceso de la aseguradora, violación que da lugar a que se declare la nulidad de las resoluciones”[[15]](#footnote-15).*

*“(…).*

*“Es importante tener en cuenta que para esta fecha, aún NO se había expedido la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, que reguló un procedimiento oral para la declaración de caducidad. Por tal razón;*

* *No se profirió acto administrativo aperturando el proceso sancionatorio.*
* *No se le corrió traslado a la aseguradora ni a la contratista del informe del Área de Estudios Previos de FONADE.*

*“Tampoco se le dio oportunidad a la aseguradora de controvertir el porcentaje de ejecución del contrato.*

*“(…).*

*“Adicionalmente no se adelantó un trámite administrativo que garantizara el derecho de audiencia, en el que se permitiera a las partes conocer las pruebas recaudadas (…).*

*“Y para esa fecha ya el Consejo de Estado había proferido varias sentencias en las que sostuvo que siempre y en todo caso, en tratándose de declaración de caducidad administrativa del contrato, se debía garantizar el debido proceso y particularmente, el derecho de defensa, tanto a la contratista como a la aseguradora”[[16]](#footnote-16).*

Frente a la suficiencia de la motivación del acto administrativo, la apelante manifestó que no compartía las consideraciones del Tribunal *a quo*, dado que en los actos acusados solo se citó el informe de un área interna de FONADE y “*no se determinaron cuáles eran las obras necesarias para la terminación de la institución educativa*”[[17]](#footnote-17).

También, la apelante observó que en los actos administrativos acusados no había claridad acerca de la metodología empleada para determinar los precios de mercado.

Por otra parte, la apelante argumentó que “*se consideró erradamente que la cuantía de los perjuicios era cierta”.* En ese punto del escrito de apelación indicó (se transcribe literal incluso con posibles errores):

“*Afirmamos que los perjuicios no son ciertos, no porque no haya certeza sobre su causación, sino sobre su cuantía. Por eso empleamos la palabra perjuicios (consecuenciales) y no daños (lesión)”.*

La compañía aseguradora agregó en su apelación que esa entidad no desatendió su carga probatoria, por cuanto aportó las resoluciones y en ellas no se menciona el traslado del informe realizado solo con dos días de anticipación a la fecha en la cual se decretó la caducidad del contrato. Agregó que en su oportunidad contrainterrogó a los testigos y logró corroborar dentro del proceso que no se había corrido traslado del informe interno.

Finalmente, la apelante insistió en que se violó el principio de la *no reformatio in pejus*, dado que *“FONADE, valiéndose del recurso de reposición interpuesto por el contratista Construcciones André y por Confianza”*[[18]](#footnote-18)*,* aumentó el valor de afectación de la póliza de seguro.

**8. Alegatos en segunda instancia**

En la oportunidad para alegar, FONADE advirtió que en la demanda “*no se incluyó un argumento relativo a la supuesta violación del debido proceso sancionatorio por la falta de traslado de las pruebas”* y reseñó que por tratarse de un argumento nuevo, las acusaciones no fueron sometidas a controversia en la primera instancia, de manera que no podían ser acogidas por la vía del recurso de apelación.

No obstante, indicó que sí se respetó el debido proceso y que la modificación de la afectación a la póliza se produjo como consecuencia del recurso de reposición, en el cual FONADE accedió a aplicar proporcionalmente la cláusula penal y que, por otra parte, afirmó que el expediente de dicha actuación se conservó de conformidad con el artículo 59 del CPACA[[19]](#footnote-19).

También reseñó que la aseguradora presentó un escrito en contra de la Resolución 1151 de 8 de septiembre de 2011, el cual le fue atendido para garantizarle el derecho de defensa, aunque en dicha resolución se indicó que no procedía recurso alguno. Precisamente, según explicó FONADE, mediante Resolución 1169 de 2011 se dispuso modificar el artículo 8 de la Resolución 1151, en cuanto a la procedencia del recurso, para actuar en la forma más garantista.

Igualmente, reseñó que se dio curso a la nueva petición como revocatoria directa y que, en efecto, se modificó el artículo referido al trámite del recurso de reposición contra la Resolución 1151, no obstante lo cual reiteró que la aseguradora estaba en la obligación de pagar las sumas de dinero correspondientes a los perjuicios causados por la caducidad del contrato.

Reafirmó que FONADE motivó adecuadamente los actos administrativos y que la valoración en la que se soportó no fue caprichosa, sino que se basó en un informe que fue suficientemente detallado, según lo explicaron los testigos en el proceso.

Destacó lo afirmado por el Tribunal *a quo*, en cuanto a que FONADE tenía la potestad unilateral de declarar la ocurrencia del siniestro y, por tanto, de cuantificar el perjuicio amparado por la póliza.

Finalmente, FONADE reiteró que el mayor valor de la obra por ejecutar tenía como causa directa el incumplimiento del contrato de obra “*pues si el contratista lo hubiera cumplido cabalmente, no se habrían tenido que cubrir dichos rubros y así quedó demostrado en el proceso”[[20]](#footnote-20)*, dado que los ítems tenían relación con el mayor tiempo de obra que supuso el incumplimiento del contrato, consistente en la parálisis que llevó a la imposición de la caducidad contractual. Especificó que obra en el expediente el contrato 2123680, suscrito con el consorcio PRK, cuyo objeto fue la terminación de la construcción.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio en su oportunidad.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** competencia por cuantía; **3)** oportunidad en la presentación de la demanda; **4)** régimen jurídico de los contratos celebrados por FONADE, en vigencia de la disposición contenida en el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007; **5)** cobertura de la garantía única de cumplimiento; **6)** delimitación de la apelación; **7)** el caso concreto; **8)** conclusiones; **9)** el principio de *non reformatio in pejus*; **10)** Costas.

**1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado**

**1.1. Jurisdicción competente**

**1.1.1. Anotaciones generales sobre la contratación de las entidades financieras**

Aunque FONADE es una de las instituciones financieras de carácter público, en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto-ley 663 de 1993y sus modificaciones), es importante hacer notar que la Ley 1150 de 2007 le dio un especial tratamiento a los contratos celebrados por esa entidad, en cuanto, los sometió a la Ley 80 de 1993, a diferencia de la regla consagrada para la contratación de las otras entidades financieras con participación de capital público, que se rigen por las normas especiales de su actividad, las cuales, en materia de contratación, descansan en el derecho privado, sin perjuicio de la observancia de los principios de la gestión administrativa y fiscal[[21]](#footnote-21).

Se conoce que la Ley 1150 de 2007 tuvo por objeto hacer más eficiente y transparente la función pública[[22]](#footnote-22) y que en el caso concreto de las entidades financieras públicas se inspiró en la situación de competencia en la que se desarrolla su objeto social[[23]](#footnote-23), por lo cual las sustrajo de las reglas de la Ley 80 de 1993, en tanto que se justificaba la equidad en las normas de su contratación con respecto a las entidades privadas con las cuales competían.

No obstante, bajo ese criterio, la Ley 1150 de 2007 no flexibilizó la contratación de FONADE, cuyo régimen se ubicó bajo la normativa de la Ley 80 de 1993.

Se entiende la orientación finalmente adoptada por la Ley 1150 de 2007 para el caso de FONADE, toda vez que esa entidad no es un banco comercial y que su actividad ordinaria no consiste en la intermediación financiera típica, como es la de captar recursos del público para colocarlos a través de los contratos bancarios, a que se refieren el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Código de Comercio.

Si se mira con cuidado el objeto definido para FONADE en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se entiende que a esa entidad le corresponde una función de la denominada *banca de desarrollo*, cuya actividad es diferente de la que ordinariamente realiza un banco comercial (la actividad bancaria de servicio al público en general se conoce como banca de primer piso).

De esa apreciación se advierte que la gestión de la banca de desarrollo se asemeja más al objeto ordinario de las sociedades de servicios financieros, que a de las entidades bancarias, sin perjuicio de su particular condición de constituir un instrumento de gestión directa en materia de los planes y programas públicos.

Dentro de objeto propio de FONADE, que se corresponde con una actividad de servicios financieros, se encuentra prevista la gerencia y ejecución de proyectos de desarrollo, en la cual, con recursos de presupuestos públicos y privados, FONADE despliega una capacidad ejecutora, que puede expresarse a través de la denominada contratación derivada, de la más diversa índole.

Se denomina contratación derivada, en cuanto se trata de contratos que se originan en convenios interadministrativos, convenios de financiación, convenios de cooperación y cualquier otro tipo de contrato que funciona como acuerdo matriz o principal.

Se advierte que, en cada caso, el tipo de contrato derivado está en últimas determinado por la capacidad jurídica de las entidades que conforman el respectivo convenio y que, en algunos eventos la gestión de proyectos, se asimila a la que se despliega en los contratos que realizan las entidades fiduciarias públicas, a través de regímenes que también pueden acogerse a normas de derecho privado en algunos de sus esquemas legales[[24]](#footnote-24).

Por ello, y -tal vez- por la preponderancia de la función como banca de desarrollo, que se expresa a través de la gestión contractual con recursos de origen público o apalancados en la condición de entidad pública, el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007 reubicó el régimen legal de la contratación de FONADE bajo la égida de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, la Ley 1450 de 2011, contentiva del plan nacional de desarrollo *“Todos por un nuevo País”*, derogó el referido artículo, con lo cual FONADE quedó regulado, para efectos de su contratación ordinaria, por las normas propias de las entidades financieras de carácter público, esto es bajo las reglas del derecho privado[[25]](#footnote-25), sin perjuicio de la observancia de los principios de la gestión administrativa y fiscal, así como del sometimiento a las inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993.

En relación con la jurisdicción competente para juzgar las controversias contractuales, en el período en que aplicó la Ley 80 de 1993 a la contratación de FONADE, cobró plena aplicación el artículo 75 de la citada Ley, que disponía:

“Artículo 75º**.-***Del Juez Competente.* Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo”.

Sin embargo, según se detallará en el acápite siguiente, con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A), sin distinción alguna entre ellas, todas las controversias surgidas en los contratos que celebran las entidades financieras de carácter público en desarrollo del giro ordinario de los negocios, fueron sometidas a la jurisdicción ordinaria, por vía de excepción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 105 del CPACA.

En los antecedentes del CPACA se siguió un criterio orgánico para determinar la jurisdicción competente, sin embargo, para el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, no se encuentra una reflexión especial sobre las distintas actividades que están comprendidas dentro del giro ordinario de las diversas entidades financieras públicas. Tampoco se incorporó en el CPACA una diferencia en el tratamiento legislativo por razón de la naturaleza especial de la contratación que se canaliza a través de entidades como, por ejemplo, FONADE, BANCÓLDEX, FINAGRO y las sociedades fiduciarias públicas.

Tal vez, el artículo 105 del CPACA se puede entender orientado bajo la consideración de que el juez de la contratación estatal debe desprenderse tanto del juzgamiento de los contratos típicamente bancarios y de inversión financiera, como de aquellos tradicionalmente regidos por la Ley 80 de 1993, en tanto se encuentren dentro del giro ordinario de la entidad, toda vez que, al fin y al cabo, en ausencia de cláusulas exorbitantes, la función del servicio público en sentido lato se impone en todas las actividades de las entidades financieras[[26]](#footnote-26), empero, su juzgamiento se rige por las instituciones jurídicas propias del derecho comercial.

También se puede encontrar en la base de esa decisión legislativa contenida en el CPACA, que el mayor número de los procesos de las entidades financieras públicas se refiere a las contrataciones de crédito y a su cobranza, a los fondos de inversión y a las disputas comunes de los usuarios del sistema financiero, cuyo conocimiento por parte de la jurisdicción ordinaria es pertinente, con independencia de que la entidad financiera haya sido creada con capital público o privado.

Sea cual fuere la razón implícita en la asignación de jurisdicción competente, para el caso concreto de FONADE, se tiene que advertir que corresponde a esta jurisdicción conocer de los contratos que esa entidad financiera celebró en vigencia del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, en el ejercicio de cláusulas exorbitantes, de acuerdo con las consideraciones que se exponen a continuación.

**1.1.2. Consideraciones acerca de la jurisdicción competente para juzgar los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades exorbitantes**

Las presencia de las potestades exorbitantes en la contratación pública ha marcado uno de los criterios delimitadores de la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siguiendo los derroteros de la Corte Constitucional expresados en la sentencia C-1436 de 2000, en relación con la jurisdicción arbitral, toda vez que en esa oportunidad la Corte Constitucional determinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido de que los árbitros, “*no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.*

El fundamento del condicionamiento constitucional se expresó así:

*“Al hablar de “disposiciones extrañas a la contratación particular”, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales. Estos interés y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo ‘determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles’. Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos. Sobre el ejercicio de estos poderes ha dicho el H. Consejo de Estado:*

*‘Son actos unilaterales de indiscutible factura y sólo pueden ser dictados por la administración en ejercicio de poderes legales, denominados generalmente exorbitantes. El hecho que tales actos se dicten en desarrollo de un contrato, no les da una fisonomía propia, porque el contrato no es la fuente que dimana el poder para expedirlos, sino ésta está únicamente en la ley. Esos poderes, así, no los otorga el contrato y su ejercicio no puede ser objeto de convenio.”(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, abril 13 de 1994)’.*

*“En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, (…), estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista”.*

Por otra parte, puede hacerse notar que el criterio de la exorbitancia, como poder característico y exclusivo del Estado contratante, se utilizó, como uno de los factores, para reservar la competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el numeral 3 del artículo 104 del CPACA, respecto de los contratos relativos a servicios públicos domiciliarios, así:

*“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

*“(…)*

*“3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes”.*

Se puntualiza que la potestad exorbitante de declarar la caducidad del contrato estatal se entiende como una expresión del derecho sancionador dentro de las funciones administrativas reservadas al Estado contratante para efectos de proteger los cometidos estatales.

También se recuerda que de conformidad con la Ley 80 de 1993, los actos administrativos exorbitantes en materia contractual son los expedidos en ejercicio de las potestades del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, los cuales constituyen decisiones excepcionales y de gran impacto sobre el contrato y sobre el contratista, que se rigen por el principio de reserva de ley y que solo han sido consagradas por la ley para el Estado Contratante en determinados supuestos, además de que gozan del privilegio de lo previo, esto es, que pueden expedirse bajo un debido proceso, pero sin el imperativo de acudir previamente al Juez.

De todo lo anterior se desprende que el artículo 105 del CPACA no puede interpretarse en el sentido de haber deferido a la jurisdicción ordinaria civil el juzgamiento de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades exorbitantes.

**1.1.3. Jurisdicción competente en el caso sub lite**

Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de la pretensión de nulidad del acto administrativo mediante el cual se declaró la caducidad del contrato y se hizo efectiva la garantía única de cumplimiento, toda vez que esa actuación no hace parte del giro ordinario de los negocios de FONADE y, por ello, no se enmarca en la excepción del artículo 105 del CPACA.

La consideración anterior se funda en las reglas aplicables al presente litigio, por las siguientes razones:

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993[[27]](#footnote-27), en concordancia con el artículo 104 del CPACA[[28]](#footnote-28), para definir la jurisdicción aplicable se debe tener en cuenta la condición de las partes en litigio, lo cual se aplica en este caso, dado que FONADE es una entidad estatal[[29]](#footnote-29). A ello se agrega que los actos administrativos impugnados no se encuentran dentro de las operaciones del giro ordinario de la entidad demandada, razón por la cual se reafirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del asunto que se debate en este proceso.

Es importante observar que la sentencia SU-242 de 2015[[30]](#footnote-30) y el artículo 104 CPACA permiten establecer que, como regla general, el juez de lo contencioso administrativo conoce de los procesos relativos a contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública. No obstante, en relación con las entidades financieras de carácter público, esta jurisdicción tiene la competencia solamente respecto de aquellos litigios en los que NO se configure la excepción del artículo *105 ibídem,* a cuyo tenor:

“*Artículo 105. Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:*

*“1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual* ***y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras,*** *aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera,* ***cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades,*** *incluyendo los procesos ejecutivos”* (la negrilla no es del texto).

La Sala advierte que la demanda versó sobre la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se hizo efectiva la garantía de cumplimiento para entidades estatales, como consecuencia de la declaratoria de caducidad de un contrato estatal de obra, efectuada en la época en que el contrato celebrado se rigió por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, al amparo del artículo 26 de esta última norma, expedido para el caso especial de FONADE[[31]](#footnote-31).

Además, aunque los actos administrativos acusados se profirieron en relación con un contrato que podría entenderse dentro de las actividades propias de FONADE como entidad financiera pública[[32]](#footnote-32), debe observarse que la controversia que originó la demanda no se refiere a la ejecución del citado contrato, sino que se sitúa en el campo de la actuación dentro del procedimiento administrativo sancionador, por razón de la declaratoria de caducidad del contrato y la expedición del acto administrativo mediante el cual se impuso la efectividad de la póliza de seguro correspondiente.

Por ello, se advierte que aunque el contrato de obra afianzado por la compañía aseguradora ahora demandante se puede entender incorporado dentro del objeto ordinario de FONADE, el presente proceso no debe ser remitido a la jurisdicción ordinaria civil, toda vez que lo que aquí se controvierte no se encuentra dentro su actividad ordinaria como entidad financiera.

Se agrega, que para la época en que se expidió la resolución mediante la cual se declaró la caducidad del contrato y la exigibilidad de la póliza de seguro, las actuaciones de FONADE, que ahora son materia de juzgamiento, se encontraban bajo las reglas del estatuto de contratación estatal, por virtud de la disposición especial del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007[[33]](#footnote-33).

Adicionalmente, en este caso, se cuestiona la legalidad de unos actos administrativos expedidos por una entidad estatal; en vista de esta naturaleza de los actos acusados, así como del tipo de contrato -obra pública- se concluye que resultan ajenos al carácter de la entidad financiera demandada.

Considera la Sala que, aunque en la mayoría de los litigios contractuales de FONADE la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria, sobre el supuesto de que los contratos se celebran dentro del objeto ordinario de la entidad, en este caso particular, se debe reafirmar la competencia que asumió el Tribunal *a quo* en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de la pretendida nulidad de los actos administrativos acusados, por cuanto tales actos no se encontraban en la excepción del artículo 105 del CPACA, según se explicó.

En resumen: **i)** en este proceso se controvierte la nulidad parcial de tres actos administrativos expedidos por FONADE; **ii)** en la base de la controversia se encuentra la decisión de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales, mediante el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato y la efectividad de la póliza de seguro, por el valor de los perjuicios cuantificados por la entidad estatal; **iii)** los actos administrativos demandados no eran propios del giro ordinario de la entidad financiera, sino que se derivaban del sometimiento especial del contrato garantizado al estatuto de contratación estatal, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1150 de 2007.

Como conclusión, se establece que en este litigio le corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de la nulidad de los actos administrativos acusados.

**2. Competencia por cuantía**

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión mayor[[34]](#footnote-34) fue estimada en la demanda en la suma de $373’168.864, que excede el monto de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes[[35]](#footnote-35), exigido de conformidad con el numeral 5 del artículo 152 del CPACA, para que un proceso contractual tenga vocación de doble instancia.

**3. Oportunidad en la presentación de la demanda**

La Sala advierte que el medio de control impetrado por la demandante – en forma correcta- fue el de controversias contractuales, previsto en el artículo 141 del CPACA, toda vez que las pretensiones de la demanda se orientan a obtener la declaración de nulidad parcial de los actos administrativos acusados, en relación con los valores por los cuales se hizo efectivo el amparo de cumplimiento de un contrato estatal, además de que también se discute la cobertura del contrato de seguro, lo cual corrobora la pertinencia del medio de control contractual.

En el presente caso, de acuerdo con lo probado en el proceso, se establece que la Resolución 1169 de 16 de noviembre de 2011, mediante la cual se modificó parcialmente la Resolución 1151 del 8 de septiembre de 2011, fue notificada por edicto fijado el 25 de noviembre de 2011 y desfijado el 9 de diciembre de 2011[[36]](#footnote-36) .

Por ello, teniendo en cuenta que la oportunidad para presentar la demanda en el medio de controversias contractuales es de dos años contados a partir de “*la ocurrencia de los motivos de hechos o de derecho que le sirvan de fundamento”,* de acuerdo con el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, se establece -para este caso- que la demanda se presentó en forma oportuna, el 10 de diciembre de 2012, dado que el término de caducidad corría hasta el 10 de diciembre de 2013.

Si, en gracia de discusión, se agrega al cómputo del término de caducidad, el plazo para liquidar el contrato de obra garantizado con la póliza de seguros, cuyo acto declarativo de su efectividad se controvierte, se empezaría a contar el término desde la terminación del contrato, adicionando los plazos para la liquidación bilateral y unilateral del mismo, de acuerdo con los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007, caso en el cual se concluiría, con mayor razón, que la demanda se presentó en tiempo, dentro del término previsto para los contratos sujetos a liquidación, de conformidad con el punto v) del literal j) del artículo 164 del CPACA[[37]](#footnote-37).

**4. Régimen jurídico de los contratos celebrados por FONADE, en vigencia de la disposición contenida en el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, vigente para la fecha en que se celebró el contrato 2091477 de 22 de mayo de 2009, se advierte que la actuación contractual de FONADE y, dentro de ésta, la exigibilidad de las garantías otorgadas para amparar el cumplimiento del referido contrato, se rigieron por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, según se lee en la norma citada, así:

*“Artículo 26[[38]](#footnote-38).* *Del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”.*

Como consecuencia, se establece que el régimen contractual aplicable para el contrato y para la garantía de cumplimiento fue el contenido en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Se hace notar que el referido régimen legal aplicable apareció correctamente invocado en los considerandos del Contrato 2091477.

Igualmente, se advierte que la potestad para declarar la caducidad del contrato se encontró amparada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, el cual dispuso que el acto administrativo constituye en sí mismo el siniestro[[39]](#footnote-39), amén de que dicha potestad exorbitante se estipuló de manera obligatoria en los contratos de obra, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993[[40]](#footnote-40).

Por otra parte, se identifica que la facultad para declarar el siniestro del contrato estatal se encontró regulada por los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007, los cuales, para la época en que se celebró el contrato de obra y se otorgó la póliza de seguro referida en la controversia sub júdice, soportaban el presupuesto de la competencia de la entidad contratante para expedir el acto administrativo que declarara la obligación y referían un procedimiento especial para la actuación orientada a declarar la caducidad constitutiva del siniestro, mediante acto administrativo, así:

*“Artículo 7°.**De las garantías en la contratación.  Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. (…).*

*“Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.*

*“(…).*

*“El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador* ***mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare****”.*

La facultad para declarar el incumplimiento, hacer efectiva la cláusula penal y el cobro de la garantía, se encontró igualmente sometida a las reglas del proceso sancionatorio previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, así:

*“Artículo 17.**Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.* ***Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.***

*“Parágrafo.**La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”* (la negrilla no es del texto).

De acuerdo con las normas antes transcritas, es evidente que, en vigencia de la Ley 1150 de 2007, FONADE estaba facultada legalmente para expedir el acto administrativo mediante el cual se declaró la caducidad del contrato y la efectividad de la garantía de cumplimiento correspondiente.

Habiendo verificado las normas en que se fundó la competencia para expedir los actos administrativos acusados, bajo ese contexto legal, la Sala pasará a estudiar los argumentos de la apelación.

**5. Cobertura de la garantía única de cumplimiento**

**5.1. Concepto del perjuicio directo derivado del incumplimiento del contrato**

La norma reglamentaria vigente para la época en que se otorgó la garantía única de cumplimiento en el caso sub júdice, era el Decreto 4848 de 2008, mediante el cual se expidió el régimen de garantías en la contratación de la Administración Pública, en desarrollo del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

El artículo 4 del referido decreto, de manera enunciativa, señaló la cobertura de los riesgos y, dentro de ellos, introdujo el concepto de los *“perjuicios directos derivados del incumplimiento”[[41]](#footnote-41),* imputables al contratista, en la siguiente forma:

“*4.2 Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales:*

*“La garantía de cumplimiento de las obligaciones cubrirá los perjuicios* ***derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista****, así:*

*“(…).*

*“4.2.3 Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá a la entidad estatal contratante de los* ***perjuicios directos derivados del incumplimiento*** *total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado”.*

Ahora bien, en el clausulado de la póliza de seguros GU 069732 se describió la cobertura del amparo de cumplimiento, acudiendo, de la misma forma que el Decreto Reglamentario 4848 de 2008, a la expresión *“perjuicios directos”* en la siguiente disposición que hizo parte del contrato de seguro (se transcribe literal incluso con posibles errores):

*“****1.4.******AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.***

*“El amparo de cumplimiento cubre a la entidad estatal contratante asegurada* ***con ocasión de los perjuicios directos derivados del incumplimiento*** *total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando estos son imputables al contratista garantizado. Este amparo comprende el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que se hayan pactado en el contrato garantizado”[[42]](#footnote-42)* (la negrilla no es del texto).

El concepto del perjuicio *directo*, se debe entender, en el contexto legal de las garantías contractuales, como el derivado del incumplimiento, esto es, el causado por la realización del riesgo amparado, cuya ocurrencia se origina en la conducta incumplida del contratista.

Esa precisión se elabora en contraposición al concepto del que se denominaría *perjuicio indirecto*, consecutivo o consecuencial, el cual, entonces, no se produce en forma inmediata por el incumplimiento, sino que para su causación concurren otras fuentes, consecutivas o consecuenciales, que inciden de manera mediata, para ocasionar el perjuicio[[43]](#footnote-43).

Con el propósito de identificar un ejemplo teórico aplicable al caso en concreto, se considera que un perjuicio indirecto del incumplimiento del contratista, podría ser, para FONADE, la imposibilidad de ejecutar nuevos proyectos con ocasión de tener que dedicar sus recursos técnicos y humanos a terminar el que fue frustrado por el contratista incumplido. Otro ejemplo de perjuicio indirecto, en el proyecto que desarrollaba FONADE, correspondería al derivado de la imposibilidad de poner en funcionamiento la concesión del centro educativo que se había comprometido a construir el contratista, el que, a su vez habría de generar unos recursos para el concedente.

Desde esa perspectiva, se interpreta que en el concepto de la cobertura sobre el perjuicio “*directo”*, la reglamentación de la garantía única de cumplimiento contenida en el Decreto 4848 de 2008 trató de limitar la exigibilidad de la garantía a los perjuicios derivados del incumplimiento del objeto contractual, es decir, en el caso del contrato de obra, a los perjuicios originados por el solo hecho de la no entrega de la misma en la forma y términos convenidos en el contrato.

Ese entendimiento se corresponde con el objetivo de la garantía del contrato estatal, que es el de indemnizar o resarcir al Estado por el incumplimiento, cuyo valor se puede cuantificar, entonces, por el monto de los mayores recursos requeridos para completar la obra.

En este orden de ideas, salvo pacto expreso, en el contrato de seguro de cumplimiento, para el caso sub júdice, no quedaban amparados los perjuicios indirectos entre otros, los que se originaban en una causa adicional, concurrente o subsecuente con el incumplimiento.

Guardadas las diferencias, la regla del perjuicio directo que se podía extraer del Decreto 4848 de 2008 se puede interpretar en el mismo sentido que lo establece el artículo 1088 del Código de Comercio para el concepto de la indemnización en el seguro de daños[[44]](#footnote-44), el cual se entiende referido al resarcimiento del daño emergente causado por la ocurrencia del riesgo asegurado y solo se puede extender al concepto de lucro cesante mediante pacto expreso[[45]](#footnote-45).

Se advierte que la reglamentación de la garantía única de cumplimiento fijaba los mínimos exigidos, sin perjuicio de las coberturas adicionales que se podían pactar con el contratista y con la compañía de seguros o la entidad garante, de acuerdo con la naturaleza de los riesgos en el contrato.

También se precisa que en la reglamentación actual no se utiliza la expresión “directo”, la cual, según se ha explicado, se entendió como un calificativo acerca de la inmediatez del perjuicio, amén de que la ley de contratación estatal vigente no introduce ninguna distinción o restricción sobre los perjuicios indemnizables, por lo cual solo se exige que los perjuicios sean derivados del incumplimiento imputable al deudor.

Por ello, resulta claro que en las garantías del contrato estatal no se pueden introducir limitaciones o exclusiones distintas de las previstas en la ley, para desconocer la cobertura respecto de aquellos perjuicios que se causen por el incumplimiento contractual, aunado a otras causas o mediante la concurrencia de otras circunstancias que sobrevienen precisamente por el referido incumplimiento.

**5.2. Viabilidad de hacer efectiva la póliza de seguros por encima del monto de la cláusula penal**

En el caso sub júdice, de conformidad con la cláusula quinta del Contrato 2091477, la sociedad contratista se obligó a constituir una garantía única de cumplimiento, con la siguiente cobertura: *“(…).* ***b) cumplimiento****, por un monto equivalente al 30% del valor del contrato, por el término del contrato y seis (6) meses más. Esta cobertura también debe incluir el cumplimiento del pago por el asegurador de la cláusula penal pecuniaria y de multas, en los porcentajes establecidos en el contrato”[[46]](#footnote-46).*

En el Contrato 2091477 no se pactó la cláusula penal pecuniaria, no obstante, mediante la Resolución 962 de mayo de 2011, a través de la cual se declaró la caducidad del contrato, FONADE invocó la aplicación del numeral 4.9 del pliego de condiciones, de acuerdo con el cual (se transcribe literal incluso con posibles errores):

*“En caso de incumplimiento definitivo de las obligaciones a cargo del contratista o de la declaratoria de caducidad del contrato, FONADE podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato suma que se estipula como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se le causen sin perjuicio del derecho a obtener del contratista y/o de su garante el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan irrogado. El contratista autoriza a FONADE a descontarle de las sumas que se adeuden los valores correspondientes a la pena pecuniaria aquí establecida. De no existir tales deudas o de no resultar suficientes para cubrir la totalidad de su valor FONADE podrá obtener el pago de la pena de apremio mediante reclamación de pago ante la compañía de seguros dentro del amparo de cumplimiento otorgado en la garantía única”[[47]](#footnote-47).*

Se reafirma que la póliza de cumplimiento amparaba el monto de la cláusula penal, con fundamento en la dispuesto en el numeral 4.12.2 del pliego de condiciones de la licitación pública LP-002 de marzo de 2009, en el cual se definió el requerimiento del amparo de cumplimiento del contrato, por un monto equivalente al 30% y se dispuso:

*“Esta cobertura también debe incluir del pago por el asegurador de las cláusulas penal de apremio, penal pecuniaria y multas, en los porcentajes señalados en el contrato”.*

De conformidad con los documentos acreditados en este proceso, se aprecia que la póliza de seguro de cumplimiento, otorgada por el 30% del valor del contrato, comprendió la cobertura de los perjuicios tasados a través de la cláusula penal, en el 10% del valor del contrato, pero no se limitó a ellos.

Las disposiciones contractuales y el contenido de la póliza de seguro permiten establecer que la garantía única de cumplimiento amparaba, también, los perjuicios que se causaran por valor superior al de la cláusula penal pactada, obviamente sobre la base de que fueran demostrados o soportados para hacer exigible la referida garantía.

Se agrega, que de conformidad con la póliza GU 069732, certificado GU 132785[[48]](#footnote-48), el amparo de cumplimiento se encontraba extendido hasta por la suma de $1.888’676.842, con vigencia hasta el 21 de noviembre de 2011 y, por tanto, estaba vigente para la fecha de la expedición de la Resolución 962 de 13 de mayo de 2011, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato y la efectividad de la garantía única de cumplimiento. De la misma manera, se observa que la cuantía del perjuicio derivado del incumplimiento, sobre cuya cuantificación se discute en este proceso, se encontraba dentro del referido límite del valor asegurado en el amparo de cumplimiento.

Definido el marco legal y contractual aplicable, la Sala pasa a analizar los asuntos concretos de la apelación.

**6. Delimitación de la apelación**

Asiste la razón a la entidad estatal demandada en cuanto alegó que en el recurso de apelación la compañía aseguradora planteó nuevas violaciones al debido proceso en la actuación administrativa, en torno de las supuestas transgresiones del procedimiento sancionatorio y de la falta de traslado del informe de FONADE que fue utilizado como base de la cuantificación de los perjuicios para declarar la efectividad de la póliza de seguros.

En respeto del debido proceso y del principio de congruencia en el medio de control de controversias contractuales, debe advertirse que no serán estudiados los aludidos argumentos de la compañía de seguros, en tanto se fundan en hechos que no son nuevos y que tampoco surgieron de las consideraciones de la sentencia de primera instancia, de manera que han debido ser planteados desde la demanda, en la fijación de la *causa petendi* objeto del proceso judicial y que, por esa razón no pueden ser materia de debate por la vía del recurso de apelación.

No obstante, puede mencionarse que en el acervo probatorio allegado al proceso obra el informe radicado bajo el No. 2011-430-019223, de 18 de abril de 2011[[49]](#footnote-49), mediante el cual la entidad interventora del contrato relacionó los incumplimientos, estableció el valor ejecutado del contrato y recomendó proceder a la declaratoria de caducidad del mismo, el cual se remitió a FONADE con copia a la compañía aseguradora y también reposa en el expediente la comunicación 2011-430-019450 de 19 de abril de 2011[[50]](#footnote-50), mediante la cual la interventoría se pronunció sobre las observaciones del contratista expresadas en reunión de abril 7 de 2011 y acerca de la citación a CONFIANZA.

Igualmente, según se detallará más adelante, obran en el expediente las comunicaciones referidas al procedimiento de reclamación de la póliza de seguros que siguió FONADE frente a la compañía aseguradora, en el cual CONFIANZA desplegó el derecho a objetar la cobranza, con un fundamento similar al de fondo que aquí se debate, esto es, el referido al contenido del informe citado por esa aseguradora en su apelación.

Así las cosas, se delimita el asunto litigioso en esta apelación, el cual, de manera concreta, se refiere al valor adicional por el cual se hizo efectiva la garantía de cumplimiento, por encima del monto de la cláusula penal pactada.

La controversia que se debe desatar en este proceso estriba en que, para la aseguradora, deben ser anulados el ordinal cuarto de la Resolución 962 de 2011 y el segundo de la Resolución 1151 de 8 de septiembre de 2011, así como la Resolución 1169 de 16 de noviembre de 2011, contentivos de los valores por los que se hizo efectivo el amparo de cumplimiento, *“adicionales a la suma afectada”,* por encima del monto de la cláusula penal.

Se hace notar que en la demanda no se impugnó la decisión de declarar la caducidad del Contrato 2091477, ni se pretendió la nulidad de la decisión consistente en hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada.

Por tanto, se tiene como establecido que el siniestro ocurrió y que el amparo de cumplimiento cubrió en forma ajustada a derecho el monto de la cláusula penal pactada.

**7. El caso concreto**

**7.1 Planteamiento del problema jurídico**

El problema jurídico que se planteó en la demanda y se reiteró en la apelación, se circunscribe a determinar si los perjuicios adicionales al monto de la cláusula penal estaban cubiertos o no dentro del amparo de cumplimiento otorgado por la compañía aseguradora, ahora demandante.

Para resolver la cuestión, la Sala se referirá, en primer lugar, a los argumentos presentados en la demanda y reiterados en la apelación, acerca de la naturaleza de los perjuicios, toda vez que, como se ha establecido, en el texto de la póliza de seguros, la compañía aseguradora se obligó a pagar los “*perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato”* y, en el mismo sentido,en la demanda se solicitó la nulidad parcial de los actos administrativos, en aquellos artículos referidos a la suma adicional a la cláusula penal, con fundamento en que, a juicio de la parte actora, se trató de perjuicios indirectos, futuros e inciertos, no cubiertos por la póliza de seguros GU 069732.

Según la demandante, la póliza GU 069732 no otorgó cobertura para los perjuicios que fueron cuantificados con base en el mayor costo de la obra dejada de ejecutar, determinado por FONADE a los precios de mercado. De la misma manera, la compañía de seguros afirmó que tampoco existió cobertura para los perjuicios estimados con fundamento en el valor de la interventoría que se requería para terminar la ejecución de la obra, igualmente determinados por los estudios previos de FONADE.

**7.2. El procedimiento de reclamación adelantado en el caso sub júdice**

Antes de entrar en el aspecto sustancial que llevó a la determinación de los valores incluidos en los actos administrativos atacados en la demanda, puede observarse, de conformidad con los documentos obrantes en el plenario, que cuando la compañía de seguros recibió la comunicación de reclamación de fecha 20 de diciembre de 2011, mediante la cual FONADE le exigió el pago de los valores establecidos en los respectivos actos administrativos, CONFIANZA rechazó la reclamación por conceptos que se debaten en esta apelación, así (se transcribe literal incluso son errores):

*“(…) Sin embargo, la discusión radica en los supuestos contemplados en los literales a) y b) los cuales en nada se pueden convertir en un perjuicio directo, pues no parten de la realidad sino de meros supuestos subjetivos que allí se indican, puesto que la diferencia económica entre el valor de las obras puede ser menor y de otra parte porque el pago a la interventoría debe tenerse solo hasta el momento en que se ejecutaron obras y no a su terminación, como lo pretende FONADE, (…).*

*“Se insiste que estos no tienen ninguna relación directa al contrato garantizado, por el contrario se convierten en costos indirectos que en nada pueden afectar la póliza en la medida que estos se entienden legalmente como consecuenciales, máxime cuando los mismos ni siquiera son reales no están soportados”[[51]](#footnote-51).*

En la comunicación citada, la aseguradora solicitó a FONADE que antes de cobrar la póliza de seguro, adelantara la liquidación del contrato.

Posteriormente, en la comunicación de enero 12 de 2012, emitida una vez que FONADE no accedió a las peticiones de la compañía de seguros, esta última resolvió honrar la póliza en el monto de la cláusula penal y del amparo de buen manejo del anticipo; empero, dejó constancia de que mantenía su inconformidad en relación con el ítem de los perjuicios adicionales[[52]](#footnote-52).

En comunicación de febrero 28 de 2012, la compañía de seguros insistió en que el valor de la nueva interventoría que se habría de efectuar sobre las labores de terminación de obra, no podía considerarse como perjuicio directo.

En esa oportunidad, repitió que el pago correspondiente al nuevo contrato de interventoría se constituiría en un perjuicio indirecto y *“por ende no incluido dentro de la cobertura otorgada por la aseguradora”*[[53]](#footnote-53).

En la última comunicación citada, CONFIANZA accedió a realizar un pago adicional por el monto de $86’494.576, *“entendiendo que efectivamente la entidad ya había realizado el descuento cuando aplicó la proporcionalidad de la cláusula penal”*.

Sin embargo, esa aseguradora reiteró que las reclamaciones por la suma de $373’168.864, liquidadas en la Resolución 1151 de 2011, *“no son objeto de cobertura por tratarse de perjuicios consecuenciales que no deberá asumir la garante”*[[54]](#footnote-54).

Con fundamento en el recuento anterior, se advierte que la compañía aseguradora objetó la reclamación, lo cual la sitúa en el ejercicio de sus derechos para los efectos de los artículos 1053 y 1080 del Código de Comercio, es decir, que tuvo lugar el ejercicio del derecho de defensa contra la respectiva cobranza ejecutiva de la póliza de seguros, con el efecto de suspender la exigibilidad del monto materia de los actos acusados en el presente litigio.

**7.3. Análisis de los actos acusados y las pruebas correlativas a la cuantificación del perjuicio**

Debe acotarse que en el artículo segundo de la Resolución 1151 de 8 de septiembre de 2011, - materia de la pretensión de nulidad en el presente proceso- FONADE dispuso (se transcribe literal incluso con posibles errores):

*“****ARTÍCULO SEGUNDO****:* ***MODIFICAR PARCIALMENTE****, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, el artículo 4º de la Resolución 962 de 13 de mayo de 2011,* ***‘POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA LA CADUCIDAD DEL CONTRATO No. 2091477’*** *el cual quedará así:*

*“Hacer efectiva a favor de FONADE la Garantía Única constituida por el contratista mediante póliza GU069732 expedida por CONFIANZA S.A. en su amparo de cumplimiento del contrato, por la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y SEIS SENTAVOS ($373’168.864,96 M/Cte) adicionales a la suma afectada mediante el artículo tercero de la Resolución 962 de 13 de mayo de 2011, modificado por el artículo 1º de la presente resolución”.*

De acuerdo con la modificación establecida en la Resolución 1151 de 8 de septiembre de 2011, mediante la cual FONADE *“adelantó una nueva revisión de los perjuicios generados por el incumplimiento del contratista*”[[55]](#footnote-55), se establece que la suma discutida en este proceso corresponde a los perjuicios liquidados por encima del valor de la cláusula penal, los cuales se determinaron con fundamento en la siguiente motivación (se transcribe de manera textual, incluso con errores):

*“El costo actual de la obra no ejecutada, conforme a la actualización de los precios unitarios efectuada en su momento por el Área de Estudios Previos de FONADE, asciende a la suma de $5.293’387.825,84 M/cte, lo cual indica que el perjuicio generado* ***por efecto del mayor costo de la obra es de $524’832.622,50 M/cte****, Este monto disminuyó también con la actualización efectuada inicialmente, cuyo valor se había estimado, en $564’824.165,02 M/Cte, toda vez que fueron ajustados tanto el valor no ejecutado del contrato como el valor actualizado del mismo.*

*“(…).*

*“Dentro de los perjuicios adicionales* [se incluye] *el costo de interventoría por las obras faltantes, en la suma de $280’845.290,00; b) el valor que el contratista le adeuda a la interventoría actual (DAIMCO E.U.) por efecto de la cesión de derechos económicos (…)” // y el valor del servicio de vigilancia (….)”.*

*“De la operación aritmética previamente efectuada, resulta que el contratista y su garante adeudan a la entidad la suma denominada en el presente acto como perjuicio adicional, la cual corresponde a $373’168.864,46 M/Cte que será igualmente afectada con cargo al amparo de cumplimiento”[[56]](#footnote-56).*

La operación aritmética detallada en la Resolución 1151 consistió en sumar todos los perjuicios, los cuales ascendieron a $2.102’710.289,32, con base en el balance del contrato, esto es, el valor de la obra y los recursos en caja no ejecutados. Con fundamento en esas cifras, se indicó que se debían afectar los amparos de cumplimiento y de anticipo, en la siguiente forma:

|  |  |
| --- | --- |
| *“Valor Cláusula penal pecuniaria, en proporción al porcentaje de obra no ejecutada (75.75%)* | *$476’890.902, 52 M/Cte* |
| ***Valor del perjuicio adicional[[57]](#footnote-57)*** | ***$373’168.864,96 M/Cte*** |
| *Valor amparo anticipo no amortizado*  | *$1.252’650.521,84 M/Cte* |
| *Valor total a afectar amparos del contrato* | *$2.102’710.289,00 M/Cte”* |

Ahora bien, se probó que, inicialmente, de conformidad con el memorando interno del 11 de mayo de 2011[[58]](#footnote-58), que se tomó como base para cuantificar los perjuicios derivados de la declaratoria de caducidad del contrato, mediante la Resolución 962 de 13 de mayo de 2012, el costo de las obras faltantes se estimó por la Unidad de Estudios Previos de FONADE, en un total de $5.290’199.363.

Se observa que ese documento está fechado dos días antes de la declaratoria de caducidad, como alegó la apelante, pero su contenido se corresponde con el informe de la interventoría de fecha 18 de abril de 2011, radicado con el número 2011-430-019223-2, en el cual se determinó el porcentaje de obra ejecutado y por ejecutar, informe interno que fue remitido con copia a la contratista y a la aseguradora. En ese informe la interventoría presentó el detalle de los incumplimientos del contrato y el estado de avance de la obra, concluyendo con la recomendación de declarar la caducidad del contrato.

En relación con el perjuicio, que se cuantificó con base en el informe anterior y en los estudios previos de FONADE, se corrobora la idoneidad de la metodología en que se apoyó la estimación de la cuantía, por cuanto la contratación de la obra faltante se celebró en el año 2012, por una suma aun mayor a la imputada en su momento con cargo a la póliza de seguro, toda vez que el contrato 2123680, celebrado entre FONADE y el Consorcio PRK[[59]](#footnote-59), se adjudicó por la suma de $5.569’036.314.

Por otra parte, en cuanto al perjuicio causado por el imperativo de celebrar un nuevo contrato de interventoría para las obras faltantes, los informes antedichos coinciden en cuantificar la suma de $280’845.290,00. De la lectura de los actos acusados se advierte que FONADE consideró que el mayor costo de la interventoría era un perjuicio, por cuanto los recursos asignados para esa actividad, dentro del convenio interadministrativo que administró FONADE, ya se habían agotado, e, incluso, existía un saldo a pagar a la interventoría anterior, que la contratista se comprometió a asumir.

 En relación con el cálculo del mayor costo de la interventoría, puede mencionarse que fue correctamente establecido, puesto que con memorando interno de 14 de mayo de 2012, el gerente de la Unidad de Estudios Previos atendió un requerimiento para actualizar los estudios, el cual arrojó una suma aún mayor, por cuanto tuvo que incluir el valor de la interventoría que se debió que realizar para la revisión y diagnóstico de la infraestructura existente, lo que arrojó un presupuesto total de $356’042.230.

Los citados memorandos obran en el plenario, respaldados con diversos cuadros que soportan el valor total de la obra, en los cuales se discriminaron los análisis de las cifras por concepto de costos directos, administración, imprevistos, utilidades e impuestos, para las contrataciones de obra y para la interventoría.

Según se establece en los considerandos de la Resolución 1511 y se advierte de los estudios previos utilizados para determinar el *quantum* del perjuicio, FONADE partió del presupuesto de costos para lo que sería un nuevo proceso de selección para la obra faltante, el cual se adelantó a los precios vigentes para la fecha en que se realizaron los estudios previos (mayo y septiembre de 2011).

**8. Conclusiones**

Con base en las anteriores apreciaciones sobre las pruebas obrantes en el plenario, la Sala considera que le asiste la razón a FONADE, en cuanto que el mayor valor requerido para ejecutar la obra faltante se originaba directamente en la caducidad del contrato, imputable al contratista, toda vez que declarada la referida sanción, era cierto que FONADE tendría que realizar una nueva contratación, por supuesto, reconociendo a los nuevos contratistas el precio de mercado.

En efecto, el daño patrimonial que evidenció FONADE estaba fundado en el siniestro por caducidad del contrato, -la más drástica de las sanciones contractuales- por cuanto, de haberse cumplido el contrato en la forma y tiempo convenidos, no se requeriría de una nueva contratación ni de los recursos adicionales para pagar los contratos correspondientes.

En resumen; a diferencia de lo que afirmó la apelante, se concluye que los actos acusados se apoyaron en el estimativo de perjuicios ciertos, por lo siguiente: **i)** el daño se causó con el incumplimiento grave de la contratista, que dio lugar a la declaratoria de caducidad, la cual constituía en si misma el siniestro amparado[[60]](#footnote-60); **ii)** la ocurrencia del siniestro era entonces un hecho cierto, respaldado con la fuerza jurídica de un acto administrativo, como lo era también el hecho de que la contratista había sido separada de la ejecución de la obra, que su contrato había terminado y que se imponía para FONADE la nueva contratación, en orden a completar la obra faltante; **iii)** la cuantificación del valor por el que se hizo efectiva la póliza de seguro se realizó con base en las cifras ciertas del estado de ejecución de obra, de los recursos que quedaban en caja y de los que eran requeridos para atender la contratación faltante, a los precios de 2011, año en que se hizo efectiva la garantía.

Se confirma que los perjuicios estaban adecuadamente soportados, por cuanto las contrataciones posteriores demostraron que los contratos correspondientes tuvieron que celebrarse por valores aún mayores a los que arrojaron los estudios utilizados para ordenar la efectividad de la póliza de seguro que se reclamó en su oportunidad a la compañía aseguradora

Se observa que los costos directos de obra se establecieron en forma previa a la declaratoria de la caducidad del contrato, con precios vigentes para los diversos ítems, a la fecha en que se requirió el estudio, con la misma metodología de análisis de precios unitarios que se utilizó en el estudio previo inicial, en los términos del artículo 25 de la Ley 80 de 1993[[61]](#footnote-61), en orden a determinar el presupuesto requerido para la contratación correspondiente a la obra faltante.

Se agrega que la argumentación de la demanda se orientó a controvertir la calificación del perjuicio como directo, cierto y actualizado a la fecha en que ocurrió el siniestro, empero, los testimonios corroboran la apreciación de los documentos, es decir, que esos estudios se hicieron por los profesionales especializados de FONADE y con el costo de la mano de obra y los precios unitarios de materiales, equipos y transporte, con la metodología utilizada para los estudios previos de la contratación realizada por esa entidad[[62]](#footnote-62). Por ello, se aprecian como pruebas idóneas para hacer parte de la cuantificación del perjuicio.

No se puede aceptar la argumentación de la demandante, según la cual se debería rechazar la efectividad de la póliza de seguro, por cuanto FONADE habría “*fabricado su propia prueba”* del perjuicio, dado que se trató de la prueba de la cuantificación, basada, de una parte en el informe de interventoría y de otra, en la labor propia de la actividad del área de estudios previos, acorde con las exigencias de los procedimientos de la contratación que tendría que realizar de acuerdo con la Ley 80 de 1993.

Por ello, se acompaña la consideración del Tribunal *a quo*, acerca de la falla en los argumentos de la demandante, dado que los estudios previos deben aceptarse como soportes suficientes para cuantificar el valor de la obra faltante que se tuvo en cuenta para hacer efectiva la póliza de seguro. Se reafirma que si en dichos estudios se podía encontrar un reparo en la metodología de la cuantificación, en este proceso, la demandante debió señalarlo y le correspondía probar sobre ello, mediante el despliegue de los medios probatorios a su alcance.

**9. *Non reformatio in pejus***

La Sala estima improcedente la invocación del principio de la *non reformatio in pejus* en la actuación administrativa que culminó con la modificación de la Resolución 962 de 2011, en cuanto a los valores por los que se afectó la póliza de cumplimiento, habida cuenta de que la propia compañía aseguradora, ahora demandante, en su recurso de reposición, presentado en junio 15 de 2011[[63]](#footnote-63), solicitó la aplicación de la proporcionalidad de la cuantía del siniestro e invocó la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la posibilidad de aplicar la cláusula penal en forma proporcional a la obra no ejecutada, a lo cual, en efecto, accedió FONADE en la Resolución 1151 de 2011.

Igualmente, debe tenerse presente que Construcciones André Ltda (hoy S.A.S.), también interpuso su propio recurso de reposición y que la compañía aseguradora hizo constar su adhesión al mismo[[64]](#footnote-64), de manera que le correspondía a FONADE examinar todos los motivos de inconformidad expuestos por las dos entidades recurrentes.

También se puntualiza que en la Resolución 1511 se adoptó una reclasificación de las cifras dentro del mismo amparo de cumplimiento, toda vez que la disminución de la suma exigida por concepto de cláusula penal se correspondió con el incrementó en el ítem del perjuicio adicional, empero el monto total del perjuicio por incumplimiento era el mismo.

**10. Costas**

Habida cuenta de que para este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, en la presente providencia se confirmará, también, la condena en costas a cargo de la parte vencida, realizada en la sentencia de la primera instancia.

La liquidación de las costas y agencias en derecho se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

La Sala estima que no hay lugar a señalar nuevas agencias en derecho por la actuación en segunda instancia, toda vez que la cuantificación de la primera instancia, realizada en el 1% de las pretensiones denegadas, se estima suficiente, de acuerdo con el trámite procesal y la complejidad del debate desplegado en la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

##### F A L L A

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Tribunal Administrativo de Santander, el 22 de julio de 2014, incluida la condena en costas.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas por la segunda instancia.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. En adelante, el referido código se identificará bajo la sigla CPACA. [↑](#footnote-ref-1)
2. Se transcribe textualmente, aunque el número de la póliza no coincide con el que se indicó en las anteriores pretensiones. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 3 y 4, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Informes técnicos y peritaciones de entidades oficiales. [↑](#footnote-ref-4)
5. Se refiere al artículo 234 del CGP. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 217 a 219, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 226 a 227, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 45 a 47, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 69 a 72 y 103 a 105, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 278, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. El Tribunal a quo citó, en extenso, la sentencia de 22 de abril de 2006, exp. 14.667, Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-11)
12. Página 26 de la sentencia, folio 744 vuelto, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-12)
13. Página 36 de la sentencia, folio 750, cuaderno principal, segunda instancia. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 759, cuaderno principal segunda instancia [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibídem.

 [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 761, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 764, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 768, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-18)
19. Expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 810, cuaderno principal segunda instancia.

 [↑](#footnote-ref-20)
21. *Ley 1150 de 2007, Artículo 13.**Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.* [↑](#footnote-ref-21)
22. “*En cuanto constituye el principal instrumento de ejecución del gasto público, la contratación pública aparece como un asunto esencial para el correcto devenir de la administración pública y, por ende, para la satisfacción de los cometidos estatales. Adicionalmente, por el tamaño de la misma, es sin duda también la contratación pública un instrumento de singular valía dentro del entorno de la materialización de los objetivos socio-económicos de la administración. // (…) // El proyecto de ley que hoy se presenta no tiene por objeto dictar un nuevo estatuto general de contratación, sino introducir medidas puntuales que permitan a las entidades hacer más eficiente y transparente su gestión, así como corregir algunas fallas que se han presentado en su aplicación y que han derivado en espacios que son aprovechados por la corrupción para desviar los recursos de las finalidades estatales a los que se encuentran destinados. De igual manera se propone la adopción de medidas legislativas que, aplicables a toda contratación efectuada con recursos públicos con independencia de su régimen legal, aseguren la vigencia uniforme de los principios constitucionales de la función pública y del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades. En puntos tan cardinales, no puede haber excepción alguna”.* www.imprenta.gov.co/ documento: Proyecto de Ley 20 de 2005 senado, fecha de consulta 09/08/2017. [↑](#footnote-ref-22)
23. *“Los artículos 12 y 13 del proyecto de ley señalan los principios y límites a que debe someterse la actividad contractual de entidades estatales que por la naturaleza de la función o de los servicios que prestan, requieren de procedimientos contractuales que les permitan competir en igualdad de condiciones con los particulares. En ese sentido el proyecto permite que quienes como entidades públicas tienen objetos de naturaleza comercial, industrial o financiera, rijan su actividad por las normas de la misma* ***en aras de su competitividad****, pero que ello no sirva de excusa a la aplicación de los fines de la función pública, ni mucho menos a la universalidad del sistema de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado”.* (la negrilla no es del texto).www.imprenta.gov.co/ documento: Proyecto de ley 20 de 2005 senado , fecha de consulta 09/08/2017. [↑](#footnote-ref-23)
24. Los patrimonios autónomos creados por ley en cabeza de determinadas fiduciarias públicas. [↑](#footnote-ref-24)
25. Dentro de las cinco estrategias transversales propuestas, en el tema de la competitividad, y de la asignación eficiente del recurso público, puede destacarse lo siguiente:

*“Competitividad e infraestructura estratégicas: La estrategia de competitividad e infraestructura estratégicas es la estrategia de crecimiento económico del Plan. Esta estrategia transversal se fija cinco objetivos: (1) el desarrollo productivo, (…) (4) el desarrollo de la infraestructura y servicios de logística y transporte para la integración territorial, (…).*

*“Buen gobierno: La estrategia transversal de buen gobierno busca que el ciudadano y sus derechos sean la prioridad del Estado, y que las organizaciones públicas logren los efectos esperados de su misión: asignaciones eficientes, respuesta a las necesidades del ciudadano, mitigación de las fallas del mercado y promoción de la equidad. Un buen gobierno planea y ejecuta sus recursos de manera eficiente, eficaz y transparente. Sus objetivos son: (1) el fortalecimiento de la articulación Nación-territorio; (…) (5) la gestión óptima de la inversión y de los recursos públicos, (…). EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PROYECTO DE LEY “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: ‘Todos por un nuevo país’.”.* [↑](#footnote-ref-25)
26. El sector financiero –no solo los bancos- cumplen con un servicio público en cuanto administran recursos del público e intermedian riesgos financieros con un impacto sistémico en la economía del país y en múltiples de los pilares básicos de la gestión pública. Para entender la noción de servicio público ínsita y tradicionalmente reconocida en la actividad financiera, basta con observar la gestión de los fondos financieros de la salud, las pensiones, la educación, la atención de desastres y los proyectos de desarrollo, entre otros. [↑](#footnote-ref-26)
27. Artículos 2 y 75 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-27)
28. El criterio orgánico se refiere a la asignación de jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales con base en naturaleza de entidad pública de una de las partes del contrato, de acuerdo con la enumeración del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Este criterio fue corroborado como regla general de la determinación de la jurisdicción competente, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, la cual entró a regir el 8 de julio de 1998 y por el artículo 1º de la Ley 1107 de 27 de diciembre 2006. Igualmente constituye una de las reglas generales para determinar la jurisdicción y competencia en el medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) el cual entró a regir el 2 de julio de 2012.

“*Artículo 104 CPACA. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

*“1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.*

*“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.* [↑](#footnote-ref-28)
29. De acuerdo con el certificado de la Superintendencia Financiera de Colombia, que obra en el proceso, el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE, es una *“persona jurídica autónoma, empresa industrial y comercial del estado, de carácter financiero dotada de personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y vinculada al Departamento Nacional de Planeación”.* Igualmente es una entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia (folio 284, cuaderno 1). [↑](#footnote-ref-29)
30. El análisis de esa sentencia se hizo a la luz de las normas del CCA -Decreto 01 de 1984-, por lo que no resulta aplicable para este caso, puesto que la demanda se presentó en vigencia del CPACA. [↑](#footnote-ref-30)
31. *“Artículo 26.* *Del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”.* Derogado por la Ley 1450 de 2011, que entró a regir el 16 de junio de 2011. [↑](#footnote-ref-31)
32. De conformidad con el artículo 286 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF): *“2. Objeto****.****El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- tiene por objeto* ***principal*** *ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo* De conformidad con el artículo 288 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), FONADE tiene, entre otras, las siguientes funciones: *“e. Otorgar avales y garantías para créditos destinados a la fase de preparación de proyectos,* ***y esquemas de gerencia de proyectos según prioridades y condiciones determinadas por la Junta Directiva”*** (la negrilla no es del texto).Según el artículo 2 del Decreto 288 de 2004, FONADE tiene por objeto principal ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación, administración y **ejecución de proyectos**, en cualquiera de sus etapas. A su vez, el artículo 3 ibídem establece que FONADE, **en desarrollo de su objeto**, podrá realizar, entre otras, las siguientes funciones: *“i) promover, estructurar,* ***gerenciar, ejecutar*** *y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales” (la negrilla no es del texto).* La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha admitido la conexidad de objeto para los contratos celebrados en desarrollo de los proyectos en que participa FONADE (Consejero Ponente (e) Hernán Andrade Rincón, sentencia de 26 de febrero de 2015, radicación: 25000232600020050276101 (38245), demandante: Career Management Consultans E.U. y otros, demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE.). [↑](#footnote-ref-32)
33. *“Artículo 26.* *Del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”.* Derogado por la Ley 1450 de 2011, que entró a regir el 16 de junio de 2011. [↑](#footnote-ref-33)
34. “*Artículo 157 CPACA. Competencia por razón de la cuantía****.****Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda (…).*

*“Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor”.* [↑](#footnote-ref-34)
35. De acuerdo con el salario mínimo vigente para el año 2012, en el cual se presentó la demanda ($566.700 x 500 = $283’350.000). [↑](#footnote-ref-35)
36. Folios 159 y 160, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-36)
37. Según esta norma se agregan al cómputo, a partir de la terminación del contrato, cuatro meses previstos para la liquidación bilateral y dos meses para la liquidación unilateral. [↑](#footnote-ref-37)
38. Derogado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011. [↑](#footnote-ref-38)
39. *“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.* [↑](#footnote-ref-39)
40. *“2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado,* ***así como en los contratos de obra****. (…). //. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales* ***se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente***” (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-40)
41. Esa expresión se repitió en el Decreto 734 de 2012, pero fue eliminada en el Decreto 1510 de 2013. En la reglamentación actual, en el alcance de la garantía de cumplimiento, no se consagra una distinción entre perjuicios directos e indirectos, para efectos de excluir algunos de ellos. Actualmente se dispone en el **Artículo 2.2.1.2.3.1.7. del** Decreto 1082 de 2015 lo siguiente:

*“3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:*

*“3.1.   El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista” (…)”.*  [↑](#footnote-ref-41)
42. Folio 211, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-42)
43. El perjuicio es *inmediato* cuando nada se interpone entre el incumplimiento y la afectación patrimonial, de lo contrario el perjuicio se entiende como *mediato*, cuando concurren otras causas o fuentes para configurar el daño.

.  [↑](#footnote-ref-43)
44. *“La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero este deberá ser objeto de acuerdo expreso”.* [↑](#footnote-ref-44)
45. *Articulo 1613 CC. Indemnización de perjuicios. “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*

***Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente****”* (la negrilla no es del texto).

*“Articulo 1614 CC. Daño emergente y lucro cesante. “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse* ***a consecuencia de no haberse cumplido la obligación****, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”* (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-45)
46. Folio 28, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-46)
47. Folio 61, cuaderno 1. Obra en el expediente el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública LP 002, de marzo de 2009, con base en el cual se corrobora la existencia de la cláusula penal prevista. Folio 348 vuelto, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-47)
48. Folio 4.645, cuaderno de antecedentes de FONADE. [↑](#footnote-ref-48)
49. Folios 365 a 369, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-49)
50. Folios 370 y 371, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-50)
51. Folio 167, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-51)
52. Folio 178, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-52)
53. Folio 183, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-53)
54. Folio 185, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-54)
55. Folio 133, acápite de ‘TASACIÓN DE PERJUICIOS”. [↑](#footnote-ref-55)
56. Folio 136, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-56)
57. Se destaca el monto de perjuicios cuya cobertura se discute en este proceso. [↑](#footnote-ref-57)
58. Folio 387, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-58)
59. Folios 473 a 502, cuaderno 1, esto es, con posterioridad a la exigibilidad de la póliza de seguro. [↑](#footnote-ref-59)
60. Para reclamar la póliza de seguro no era preciso exigir que se hubiese celebrado la contratación previa de la obra que faltaba. En ello resulta aplicable la observación tradicional de la doctrina: “*Afirmar que el perjuicio debe ser cierto, es afirmar que no existe duda sobre su realidad. Pero no exigir que exigir que el perjuicio se haya producido ya: desde el momento en que se tiene la certeza de que se producirá en el porvenir y de que cabe apreciar su cuantía (…), la víctima tiene derecho a exigir, sin aguardar más la reparación. No es necesario, pues que sea actual el perjuicio; el futuro perjuicio cierto debe ser reparado”*. MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa América, Traducción bajo la responsabilidad de Sentís Melendo Santiago, Buenos Aires 1978, página 62. [↑](#footnote-ref-60)
61. En virtud del principio de la economía, los análisis de precios deben adelantarse con la debida antelación al proceso de selección, pueden ser realizados por las unidades asesoras y ejecutoras e la entidad y con base en ello se definen las autorizaciones y aprobaciones correspondientes (numerales 7, 9 y 12). [↑](#footnote-ref-61)
62. Declaración del ex gerente de estudios previos de FONADE. [↑](#footnote-ref-62)
63. Folios 102 y 103, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-63)
64. Folio 104, cuaderno 1 [↑](#footnote-ref-64)